



WWW.ECONSTOR.EU

Der Open-Access-Publikationsserver der ZBW – Leibniz-Informationszentrum Wirtschaft  
*The Open Access Publication Server of the ZBW – Leibniz Information Centre for Economics*

Steding, Rolf

Working Paper

# Konstruktionsprinzipien des Gesellschaftsrechts und seiner (Unternehmens-)Formen

Wismarer Diskussionspapiere, No. 14/2005

**Provided in cooperation with:**

Hochschule Wismar

Suggested citation: Steding, Rolf (2005) : Konstruktionsprinzipien des Gesellschaftsrechts und seiner (Unternehmens-)Formen, Wismarer Diskussionspapiere, No. 14/2005, <http://hdl.handle.net/10419/26751>

**Nutzungsbedingungen:**

Die ZBW räumt Ihnen als Nutzerin/Nutzer das unentgeltliche, räumlich unbeschränkte und zeitlich auf die Dauer des Schutzrechts beschränkte einfache Recht ein, das ausgewählte Werk im Rahmen der unter

→ <http://www.econstor.eu/dspace/Nutzungsbedingungen> nachzulesenden vollständigen Nutzungsbedingungen zu vervielfältigen, mit denen die Nutzerin/der Nutzer sich durch die erste Nutzung einverstanden erklärt.

**Terms of use:**

*The ZBW grants you, the user, the non-exclusive right to use the selected work free of charge, territorially unrestricted and within the time limit of the term of the property rights according to the terms specified at*

→ <http://www.econstor.eu/dspace/Nutzungsbedingungen>  
*By the first use of the selected work the user agrees and declares to comply with these terms of use.*



Leibniz-Informationszentrum Wirtschaft  
Leibniz Information Centre for Economics





**Hochschule Wismar**

University of Technology, Business and Design

**Fachbereich Wirtschaft**



**Hochschule Wismar**

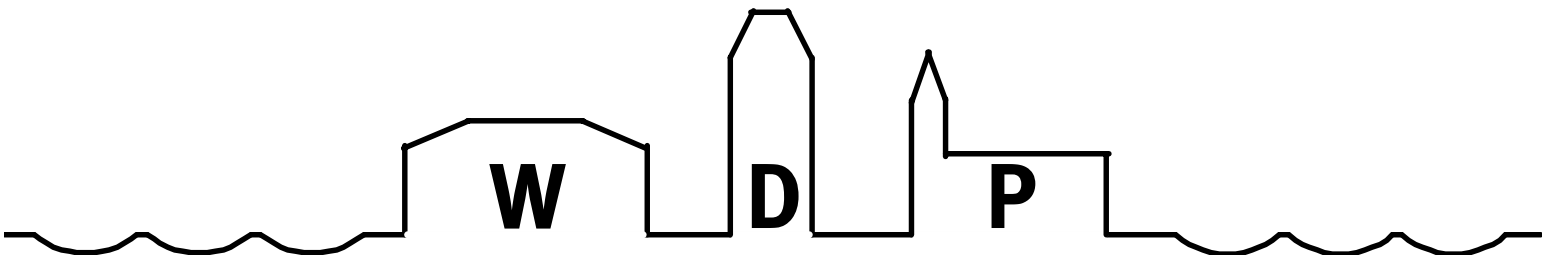
University of Technology, Business and Design

**Faculty of Business**

Rolf Steding

Konstruktionsprinzipien des Gesellschaftsrechts und  
seiner (Unternehmens-)Formen

Heft 14 / 2005



**Wismarer Diskussionspapiere / Wismar Discussion Papers**

Der Fachbereich Wirtschaft der Hochschule Wismar, University of Technology, Business and Design bietet die Präsenzstudiengänge Betriebswirtschaft, Management sozialer Dienstleistungen, Wirtschaftsinformatik und Wirtschaftsrecht sowie die Fernstudiengänge Betriebswirtschaft, International Management, Krankenhaus-Management und Wirtschaftsinformatik an. Gegenstand der Ausbildung sind die verschiedenen Aspekte des Wirtschaftens in der Unternehmung, der modernen Verwaltungstätigkeit im sozialen Bereich, der Verbindung von angewandter Informatik und Wirtschaftswissenschaften sowie des Rechts im Bereich der Wirtschaft.

Nähere Informationen zu Studienangebot, Forschung und Ansprechpartnern finden Sie auf unserer Homepage im World Wide Web (WWW): <http://www.wi.hs-wismar.de/>.

Die Wismarer Diskussionspapiere/Wismar Discussion Papers sind urheberrechtlich geschützt. Eine Vervielfältigung ganz oder in Teilen, ihre Speicherung sowie jede Form der Weiterverbreitung bedürfen der vorherigen Genehmigung durch den Herausgeber.

Herausgeber: Prof. Dr. Jost W. Kramer  
Fachbereich Wirtschaft  
Hochschule Wismar  
University of Technology, Business and Design  
Philipp-Müller-Straße  
Postfach 12 10  
D – 23966 Wismar  
Telefon: ++49/(0)3841/753 441  
Fax: ++49/(0)3841/753 131  
e-mail: [j.kramer@wi.hs-wismar.de](mailto:j.kramer@wi.hs-wismar.de)

Vertrieb: HWS-Hochschule Wismar Service GmbH  
Phillipp-Müller-Straße  
Postfach 12 10  
23952 Wismar  
Telefon: ++49/(0)3841/753-574  
Fax: ++49/(0)3841/753-575  
e-mail: [info@hws-startupfuture.de](mailto:info@hws-startupfuture.de)  
Homepage: [www.hws-startupfuture.de](http://www.hws-startupfuture.de)

ISSN 1612-0884

JEL-Klassifikation K22

Alle Rechte vorbehalten.

© Hochschule Wismar, Fachbereich Wirtschaft, 2005.  
Printed in Germany

## **Inhaltsverzeichnis**

<b>I. Einleitung</b>	<b>4</b>
<b>II. Rechtsbegriff und -formen sowie Rolle der Gesellschaften</b>	<b>4</b>
<b>III. Konstruktionsprinzipien der privatrechtlichen Gesellschaften</b>	<b>7</b>
1. Grundidee, System und Konstrukt	7
1.1. Grundidee und System	7
1.2. Typenzwang und Vertragsfreiheit	8
1.3. Kriterien der Wahl von Gesellschaftsformen	8
2. Entstehung, Gestaltung und Beendigung	9
2.1. Entstehung durch Gesellschaftsvertrag	9
2.2. Gestaltung des Innen- und des Außenverhältnisses	10
2.3. Modalitäten der Beendigung	11
3. Kriterien der Unterscheidung von Gesellschaften	12
3.1. Variantenreichtum der Unterscheidung von Gesellschaften	12
3.2. Personengesellschaften und Körperschaften	12
3.3. Gesamthandsgemeinschaften und juristische Personen	13
<b>IV. Atypizität – Konstruktionsprinzip einer Vielzahl von Gesellschaften</b>	<b>15</b>
<b>V. Rechtliche Anpassungsvarianten der Gesellschaften</b>	<b>17</b>
<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>20</b>
<b>Autorenangaben</b>	<b>20</b>

## **I. Einleitung**

Die Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland stellt prinzipiell zwei Möglichkeiten der Organisation von Unternehmen zur Verfügung: Ein Unternehmer kann sein Unternehmen einzelkaufmännisch betreiben und allein führen; er kann sich jedoch auch mit mehreren anderen Personen zusammenschließen und mit ihnen das Unternehmen gemeinsam führen. In diesem Fall entsteht eine Gesellschaft, deren Verhältnisse vom Gesellschaftsrecht erfasst und geregelt werden. Im Rahmen der deutschen Wirtschaftsordnung spielen die gesellschaftsrechtlich verfassten Unternehmen die fundamentale Rolle. Der entscheidende Schlüssel zu ihrer Anwendung ist die Kenntnis der Konstruktionsprinzipien des Gesellschaftsrechts und seiner (Unternehmens-)Formen.

## **II. Rechtsbegriff und -formen sowie Rolle der Gesellschaften**

Die Gesellschaftsformen (auch: Rechtsformen privatrechtlicher Gesellschaften) verstehen sich als Personenvereinigungen, die zur Erreichung eines gemeinsamen, von den Beteiligten geförderten Zwecks durch rechtsgeschäftliche Vereinbarung (Gesellschaftsvertrag) begründet werden. Die so verwirklichten gemeinsamen Interessen mehrerer Personen im Rahmen von Gesellschaftsformen werden durch das Gesellschaftsrecht gestaltet und geschützt. Da die Gesellschaftsformen die an ihnen Beteiligten maßgeblich zur Teilnahme am Wirtschaftsleben befähigen, bildet das Gesellschaftsrecht auch den Kernbereich des rechtlichen Instrumentariums der Unternehmensgestaltung. Das erklärt sich vor allem daraus, dass die gesellschaftsrechtlich verfassten Unternehmen im Vergleich mit den Einzelunternehmen der Wirtschaftsordnung der BRD dominieren und ihr das Gepräge verleihen. Gleichwohl werden aber auch Einzelunternehmen ihre Rolle im Rahmen der Unternehmensstruktur spielen.

Das deutsche Gesellschaftsrecht offeriert und regelt im einzelnen folgende Gesellschaftsformen: Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) durch die §§ 705 ff. BGB; die Offene Handelsgesellschaft (OHG) durch die §§ 105 HGB; die Partnerschaftsgesellschaft (PartG) durch das PartGG; die Kommanditgesellschaft (KG) durch die §§ 161 ff. HGB; die Stille Gesellschaft (StG) durch die §§ 230 ff. HGB; die Patenreederei durch die §§ 489 ff. HGB; den eingetragenen Verein (eV) durch die §§ 21 ff. BGB; die Aktiengesellschaft (AG) durch das AktG; die Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA) durch die §§ 278 ff. AktG; die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) durch das GmbHG; den Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit (VVaG) durch die §§ 15 ff. VAG; die eingetragene Genossenschaft (eG) durch das GenG. Darüber hinaus gehören zu den zur Anwendung in der BRD zugelassenen Rechts-

formen privatrechtlicher Gesellschaften auch jene supranationalen Gesellschaftsformen, die durch die EU auf dem Verordnungswege geschaffen wurden und quasi konkurrierend neben die nationalen Gesellschaftsformen der Mitgliedstaaten der EU treten.

Eine Gesellschaft im Sinne des Gesellschaftsrechts verbindet deren Mitglieder nicht bloß zu einem vorübergehenden Schuldverhältnis, wie das z. B. beim Kauf nach § 433 BGB der Fall ist, der mit der Übergabe der Sache und der Verschaffung des Eigentums an ihr sowie mit der Zahlung des vereinbarten Kaufpreises und der Abnahme der gekauften Sache erfüllt ist. Die Mitglieder einer Gesellschaft sind bei der Verfolgung ihres gemeinsamen Zwecks vielmehr zu einer Rechtsgemeinschaft zusammengeschlossen, die i. d. R. ein Dauerschuldverhältnis mit einer eigenen Struktur, d. h. in einer irgendwie organisierten Form, begründet. Diese Gemeinschaft ist in besonderer Weise durch ein Treueverhältnis der Gesellschafter untereinander gekennzeichnet; sie wird folglich von einer (mitgliedschaftlichen) Treuepflicht beherrscht, die allerdings in den einzelnen Gesellschaftsformen unterschiedlich ausgeprägt ist. Auf jeden Fall jedoch löst der vertragliche Zusammenschluss in einer privatrechtlichen Gesellschaft für deren Mitglieder eine entschieden stärkere Bindungswirkung als für die Beteiligten eines (schlichten) Schuldverhältnisses aus.

Das dominierende Strukturmerkmal aller Gesellschaftsformen ist die gemeinsame Zweckverfolgung. Sie „ist der Motor des Zusammenschlusses: Man will gemeinsame Sache machen, um mit vereinten Kräften mehr oder anderes zu erreichen als in der Vereinzelung. Welcher Art der gemeinsame Zweck ist und mit welchen Mitteln er durchgeführt wird, steht der Vereinbarung unter den Gesellschaftern im Rahmen der Rechtsordnung offen und bleibt bei der Begriffsbestimmung um so mehr außer Betracht, als die Vereinigungsfreiheit ... in Art. 9 Abs. 1 GG ganz allgemein gewährleistet wird. Die Gründer können deshalb gemeinsam ideelle oder erwerbswirtschaftliche, vorübergehende wie dauernde, punktuelle oder weitgreifende Ziele anstreben und sich verpflichten, diese durch Bareinlagen, Sach- oder Dienstleistungen oder durch ihre bloße Mitgliedschaft zu fördern“ (Wiedemann 1980: 9). Die gemeinsame Zweckverfolgung beruht maßgeblich auf einer Übereinstimmung der Interessen in Grundfragen des Zusammenwirkens, ohne deren Vorliegen eine privatrechtliche Gesellschaft keinen sicheren Bestand hat.

Der Gesetzgeber hat Art und Zahl der Gesellschaftsformen eindeutig abgesteckt. Danach erstrecken sich diese Formen zunächst nur auf die der Erreichung eines gemeinsamen Zwecks dienenden Personenvereinigungen, die durch rechtsgeschäftliche Vereinbarung zustande gekommen sind. Daraus folgt eine Abgrenzung der Gesellschaftsformen insofern, als jene Rechtsgebilde nicht zu ihnen gehören, die zumindest ein notwendiges Begriffsmerkmal der Gesellschaft nicht aufweisen. Das betrifft z. B. die Körperschaften des öf-

fentlichen Rechts i. S. d. § 89 BGB, wie z. B. Gemeinden, Universitäten oder Kammern (wegen des Fehlens einer privatrechtlichen Grundlage), die eheliche Lebensgemeinschaft und die Familie (da mit ihnen nicht nur ein bestimmter und damit begrenzter gemeinsamer Zweck verfolgt wird); die Stiftung gem. §§ 80 ff. BGB (in Ermangelung von Mitgliedern, da sie keine Personenvereinigung ist), darüber hinaus aber auch die Bruchteilsgemeinschaft i. S. d. §§ 741 ff. BGB, die – wie das z. B. bei Miteigentum nach §§ 947, 948, 1008 BGB der Fall ist – keinen gemeinsamen Zweck verfolgen, und schließlich die Erbengemeinschaft i. S. d. §§ 2032 ff. BGB, zumal sie nicht durch rechtsgeschäftliche Vereinbarung zwischen den Miterben zustande kommt.

Die Gesellschaftsformen bilden ein weitgehend arrondiertes Teilgebiet des Privatrechts, das jedoch in wichtigen Belangen durch konzeptionelle Uneinheitlichkeit gekennzeichnet ist. Sowohl Ursprung als auch Reflex dieser Entwicklung ist die gesetzgeberische Zersplitterung der Regelung der Gesellschaftsformen durch das BGB, eine Reihe von Einzelgesetzen, wie z. B. das AktG, das GmbHG oder das GenG, und das HGB. Diese Zersplitterung des Kodifikationszustandes ist vor allem Ausdruck dessen, dass die einzelnen Gesellschaftsformen zu unterschiedlichen Zeiten und mit unterschiedlichen Ansätzen als Reflex von unterschiedlichen praktischen Bedürfnissen ohne ein klar konturiertes Gesamtkonzept und ohne ein sublimiertes Leitbild juristisch ausgeprägt worden sind. Rechtswissenschaft und Rechtsprechung haben sich dagegen vergleichsweise erst spät – und daher mit nur mäßigem Erfolg – bemüht, System in die in der Praxis oder aus ihren Bedürfnissen heraus gewachsenen Gesellschaftsformen zu bringen. Die Architektur des Gesellschaftsrechts ist folglich zumindest punktuell historisch bedingt durch das Nebeneinanderbestehen von unterschiedlichen „Stilelementen“ gekennzeichnet.

Die mit dieser Entwicklung einhergehenden Gefahren hat L. Raiser bereits vor mehr als drei Jahrzehnten mit Nachdruck hervorgehoben: Die „für unsere Industriegesellschaft charakteristischen Großorganisationen ... haben sich in einer von der liberalen Ideologie nicht vorhergesehenen Entwicklung als „intermediäre Machtzentren“ zwischen Individuum und Staat geschoben mit der Folge, dass der einzelne Bürger zur Wahrnehmung seiner Interessen ... auf sie ebenso angewiesen ist wie der Staat ihrer Kooperation bedarf, dass dadurch aber auch beide in bedenklichem Maße von ihnen abhängig zu werden drohen. Rechtlich sind sie ganz überwiegend nach privatem Verbands- und Gesellschaftsrecht organisiert, auch in den Fällen, in denen sie nach ihrer erklärten Zweckbestimmung öffentliche Aufgaben wahrnehmen oder vermöge ihre Größe und ihres Einflusses in den Bereich des Öffentlichen hineingewachsen sind. Von einer befriedigenden Ordnung dieses Bereichs, oder auch nur von einer klaren Konzeption davon, wie er im Rahmen unserer Verfassung am besten geordnet werden sollte, sind wir noch weit entfernt“ (Raiser 1971: 35). Auch wenn vor allem in den letzten Jahren in dieser Hinsicht einige wichtige

Corporate Governance-Rechtsvorschriften verabschiedet oder auf den Weg gebracht wurden, ist das damit berührte Problem auch heute noch merklich vorhanden.

### **III. Konstruktionsprinzipien der privatrechtlichen Gesellschaften**

#### *1. Grundidee, System und Konstrukt*

##### **1.1. Grundidee und System**

Die Gesellschaftsformen werden zwar maßgeblich durch die allgemeinen Regeln des Bürgerlichen Rechts geprägt. Gleichwohl entwickeln sie sich auf einer (nur) ihnen eigenen Grundidee. Sie beruht auf dem römisch-rechtlichen Konzept der Trennung von Personengesellschaft (*societas*) und Körperschaft (*universitas*), mit deren Hilfe ein Teil des Privatvermögens (mit der Konsequenz der Haftungsbeschränkung) verselbständigt werden kann, so dass es Kooperationsmöglichkeiten mit Vermögensmassen anderer Personen gibt. Die den Gesellschaftsformen immanente Grundidee reflektiert sich in den Motiven zur Bildung von Gesellschaften – dem Synergieeffekt, der Kapitalvermehrung und der Risikobegrenzung –, aber vor allem in der Systematisierung der Gesellschaftsformen, die unter mehreren Aspekten vorgenommen werden kann, wenngleich diese Systematisierung im Begriff der Gesellschaft als rechtsgeschäftlich begründete Personenvereinigung zur Erreichung eines von deren Mitgliedern geförderten gemeinsamen Zwecks eine einheitliche juristisch Klammer findet.

Ein System der Gesellschaftsformen, das von fundamentaler Bedeutung für das Privatrecht ist, besteht zunächst vor allem in der Differenzierung von Personengesellschaften und Körperschaften. Diese Systematisierung ist bereits im BGB konzeptionell angelegt: In Gestalt der Regelung der GbR als der Grundform der Personengesellschaften (§§ 705 ff. BGB) und in Gestalt der Regelung des eV als Grundform der Körperschaften (§§ 21 ff. BGB). Deren Differenzierung ist allerdings in dieser Zuspitzung idealtypisch; in praxi gibt es zwischen ihnen viele Mixturen und fließende Grenzen. Dennoch ist diese Einteilung der Gesellschaftsformen sowohl von theoretischer als auch von praktischer Relevanz und zwar auch deshalb, weil, soweit die gesetzliche Sonderregelung Lücken enthält, ergänzend auf die Regelung des BGB zurückgegriffen werden muss und weil diese Einteilung einen Rückschluss auf wichtige Konstruktionsprinzipien der Gesellschaft zulässt, so z. B. auf deren Rechtspersönlichkeit, auf deren Innen- und Außenverhältnis sowie auf deren organisatorische Struktur und mitgliedschaftliche Bindung.



## 1.2. Typenzwang und Vertragsfreiheit

Das Gesellschaftsrecht wird vom Verhältnis zwischen Freiheit und Zwang beherrscht. Art. 9 GG gewährt zwar eine allgemeine Vereinigungsfreiheit. Für Gesellschaftsformen ist aber gleichwohl Typenzwang vorgeschrieben, insofern ein Numerus clausus der Gesellschaftsformen besteht. Demzufolge sind lediglich die Gesellschaftsformen zugelassen, die der Gesetzgeber expressis verbis zur Verfügung stellt und von denen er meint, dass sie den vielfältigen Wirtschaftsbedürfnissen gerecht werden. Der Numerus clausus der Gesellschaftsformen ist jedoch eine begründete und gerechtfertigte Beschränkung der Vereinigungsfreiheit, insofern er dem Schutz des redlichen Verkehrs dient; denn dank der begrenzten gesetzlichen Typisierung der Gesellschaftsformen können Gläubiger, Dritte und auch Gesellschafter (insbesondere von Massengesellschaften) an einer bestimmten Gesellschaftsform erkennen, mit welcher gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsvariante sie es zu tun haben. Der Typenzwang im Gesellschaftsrecht ist allerdings nicht mit einem Rechtsformzwang zu verwechseln; er ist insofern ein Moment der Rechtssicherheit im Wirtschaftsleben.

Das Pendant zum gesellschaftsrechtlichen Typenzwang, der von seiner Idee her auch dem Bestreben nach Reinhaltung der Gesellschaftsrechtsordnung geschuldet ist, ist die Vertragsfreiheit bei der Ausgestaltung der Gesellschaftsformen. Basierend auf einem Vertrag, gilt nämlich für die Gesellschaftsformen der Grundsatz der Vertragsfreiheit als eine Äußerung der Privatautonomie, die – abgesehen von der Freiheit der Wahl des Vertragspartners – im Allgemeinen insbesondere die Abschlussfreiheit, die Gestaltungsfreiheit und die Formfreiheit umfasst. Die Vertragsfreiheit gibt insbesondere dort Raum zur konstruktiven rechtsgeschäftlichen Ausgestaltung der Gesellschaftsformen, wo es für sie nicht normierte Regelungsfelder (Lücken) gibt oder abdingbare (dispositive) Rechtsnormen gelten. Sie ermöglicht damit zugleich eine angemessene Berücksichtigung von individuellen unternehmerischen Bedürfnissen.

## 1.3. Kriterien der Wahl von Gesellschaftsformen

Die vom Gesetzgeber zur Verfügung gestellten Gesellschaftsformen haben jeweils bestimmte Einsatzmöglichkeiten und sind mit Vor- und Nachteilen ausgestattet. So genießt z. B. die GbR den Vorteil einer weitgehend unkomplizierten Organisation mit breitem Spielraum für die Vertragsgestaltung sowie einer vielseitigen Anwendbarkeit; ihr Nachteil ist aber i. d. R. die Haftung der Gesellschafter. Für die OHG spricht die variable Vertragsgestaltung, ihr gutes Ansehen im Geschäftsverkehr und das hohe Maß an Kreditfähigkeit; ihr Nachteil ist indessen die unbeschränkte persönliche Haftung sowie die hohe Abhängigkeit der Beteiligten auf Grund gemeinsamer Mitverantwortung. Das Pro der (klassischen) KG ist ihre breite Kapitalbasis und ihre Kreditwürdigkeit, ihr

Nachteil die uneingeschränkte persönliche Haftung des Komplementärs. Ähnlich ist die Lage bei den Körperschaften. So besteht z. B. der Vorteil einer GmbH in der Beschränkung ihrer Haftung auf die Höhe des Gesellschaftsvermögens und die Möglichkeit einer variablen Gestaltung der Entscheidungsstrukturen, ihr Nachteil hingegen im vorgeschriebenen Mindestkapital. Die eG schließlich kann zwar von sich behaupten, dass für sie kein Mindestkapital vorgeschrieben und sie die Körperschaft mit den größten Mitspracherechten ist; gleichwohl leidet sie jedoch unter einer strukturellen Kapitalschwäche und hat daher zuweilen Schwierigkeiten im Kreditbereich. Die einzelnen Rechtsformen sind folglich teilweise sehr unterschiedlich strukturiert, so dass auch die Entscheidung für eine konkrete Rechtsform schwer fällt. Um diese Entscheidung zu erleichtern, müssen für sie einige Entscheidungshilfen in Anspruch genommen werden.

Der wichtigste Bestimmungsfaktor dürfte der durch die Gesellschaft verfolgte Zweck – einschließlich der persönlichen Absichten der Beteiligten – sein; denn im Gesellschaftsrecht prägt der Zweck die Form. Die Rechtsform folgt daher grundsätzlich dem Unternehmenszweck, der jeweils über ein bestimmtes Unternehmenskonzept verwirklicht wird. Darüber hinaus spielen aber weitere Bestimmungsfaktoren eine Rolle: Die Haftung und dabei vor allem das Problem ihrer Beschränkung, der Einfluss auf die Gesellschaft und die Organisationsgewalt (Geschäftsführung und Vertretung durch Selbst- oder Fremdorganschaft), die Kapitalaufbringung (Mindesteinlage sowie Eigen- oder Fremdfinanzierung), die Kosten- und Steuerbelastung, aber ebenso auch das Publizitäts- und Offenlegungserfordernis, die Unternehmenskontinuität, die Mitbestimmung der Arbeitnehmer oder das Wettbewerbsrecht. Leider ist in der Praxis nicht selten die Steuerbelastung der letztlich entscheidende Bestimmungsfaktor für die Wahl der Gesellschaftsform. Das erklärt sich insbesondere daraus, dass das Wechselverhältnis zwischen Steuerrecht und Gesellschaftsrecht stark vereinseitigt zugunsten des Steuerrechts wirkt und sich das Steuerrecht gegenüber den Gesellschaftsformen nicht neutral verhält.

## 2. *Entstehung, Gestaltung und Beendigung*

### 2.1. Entstehung durch Gesellschaftsvertrag

Die Gesellschaften werden unabhängig von ihrer konkreten Form durch einen Gesellschaftsvertrag begründet. Sein Abschluss hat jedoch bei den einzelnen Gesellschaftsformen unterschiedliche Wirkungen für die Entstehung der Gesellschaften: Die GbR und die StG entstehen unmittelbar mit dem Abschluss des Gesellschaftsvertrages. Die OHG und die KG entstehen nur im Innenverhältnis mit dem Abschluss des Gesellschaftsvertrages, nach außen aber grundsätzlich erst mit ihrer Eintragung in das Handelsregister (§§ 123, 161 HGB). Die AG, die KGaA und die GmbH entstehen als juristische Personen generell

erst mit ihrer Eintragung in das Handelsregister (§§ 41, 278 AktG, § 11 GmbHG). Ebenso entsteht der eV erst durch Eintragung in das Vereinsregister (§ 21 BGB) und die eG mit ihrer Eintragung in das Genossenschaftsregister (§ 17 GenG). Unabhängig von diesen Besonderheiten unterfällt der Gesellschaftsvertrag der Rechtsgeschäftslehre des Allgemeinen Teils des BGB und dessen allgemeiner Regelung über Schuldverhältnisse, allerdings mit der Spezifik, dass er insofern eine juristische Doppelnatur aufweisen dürfte, als er sowohl schuldrechtlicher und überdies zugleich organisations- bzw. verbandsbe gründender Vertrag ist.

Ein Gesellschaftsvertrag ist stets das Resultat von Verhandlungen und damit notwendig auch von Kompromissen zwischen den Gesellschaftern. Der konkrete Inhalt eines solchen Vertrages hängt dabei jedoch im einzelnen maßgeblich von der jeweiligen Gesellschaftsform ab, für die der Gesellschaftsvertrag geschlossen werden soll. Bei einer hier ausnahmsweise in Betracht gezogenen Maximalvariante kann der Inhalt eines Gesellschaftsvertrags im einzelnen auf folgende Fragen erstreckt werden: Rechtsform und Firma, Zweck und Sitz, Geschäftsjahr und Dauer, Gesellschafter und Haftung, Geschäftsführung und Vertretung, Informations- und Kontrollrechte, Stimmrechte, Einlagen und Beteiligungsverhältnisse, Gewinn- und Verlustverteilung, Tätigkeitsvergütung und Entnahmerecht, Ausscheiden und Kündigung, Wechsel im Gesellschafterbestand, Wettbewerbsverbot und Schiedsgerichtsvereinbarung sowie Schlussklauseln zur Formbedürftigkeit von Vertragsänderungen oder zur Überprüfung des Gesellschaftsvertrages.

## 2.2. Gestaltung des Innen- und des Außenverhältnisses

Ein besonders wichtiges Konstruktionsprinzip der Gesellschaftsformen äußert sich in der Gestaltung des Innen- und des Außenverhältnisses der Gesellschaften nach dem Maßstab ihrer rechtlichen Differenzierung (vgl. dazu insbes. Kraft/Kreutz 2000: 50ff). Die Unterscheidung zwischen dem Innen- und dem Außenverhältnis ist dabei wesentlich für das Verständnis und die Lösung der Rechtsfragen, die nach dem Entstehen der Gesellschaft auftauchen. Das Innenverhältnis der Gesellschaften spiegelt sich wie in einem Brennglas in der Mitgliedschaft wider. Sie dokumentiert die Zugehörigkeit eines Gesellschafters zu einer Gesellschaft und bündelt dessen Rechte und Pflichten innerhalb dieser Gesellschaft. Der Gesetzgeber hat die Mitgliedschaft zwar nicht definiert. Es wird jedoch unstreitig davon ausgegangen, dass die Mitgliedschaft die Rechtsstellung eines Gesellschafters innerhalb der Gesellschaft in toto verkörpert. Im allgemeinen drückt sich die Mitgliedschaft besonders im Anteil der Gesellschafter am Gesamthandsvermögen als einem Partizipationsrecht (vgl. § 719 BGB) aus, das nach h. L. auf die mitgliedschaftliche Rechtsstellung des Gesellschafters generell expandiert. Sie erfasst folglich, differenziert nach den einzelnen Gesellschaften, Vermögens- und Mitverwaltungsrechte:

Den Anspruch auf den Gewinn (und ggf. den Liquidationserlös) sowie z. B. das Recht auf Information und das Stimmrecht.

Das Außenverhältnis der Gesellschaften steht immer in einem engen wechselseitigen, mitunter sogar spiegelbildlichen Zusammenhang mit dem betreffenden Innenverhältnis. Aus juristischer Sicht fällt allerdings zunächst ins Auge, dass das Außenverhältnis von Gesellschaften im Unterschied zu deren Innenverhältnis in weit höherem Maße durch zwingendes Recht geregelt ist. Die Erklärung dafür liegt auf der Hand: Da das Außenverhältnis der Gesellschaften neben deren Auftreten unter einheitlichem Namen vor allem die Vertretung der Gesellschaft bzw. ihrer Mitglieder und die Haftung für Gesellschaftsschulden betrifft, muss in dieser Hinsicht durch das Gesellschaftsrecht ein ausreichender Verkehrs- und Gläubigerschutz gewährleistet werden. Das ist aber nur möglich, wenn die Rechtsbeziehungen der Gesellschaften bzw. ihrer Mitglieder zu Dritten zwingend gestaltet sind.

### 2.3. Modalitäten der Beendigung

Die Gesellschaften sind, durch Gesellschaftsvertrag einmal als Rechtsgemeinschaften entstanden, in der Regel als Dauergesellschaften konstruiert. Gleichwohl ist ihnen natürlich jederzeit auch das Recht eingeräumt, ihr Ende herbeizuführen. Die Gründe dafür können mannigfaltig sein; sie sind durch den Gesetzgeber für die einzelnen Gesellschaftsformen als Auflösungsgründe geregelt (vgl. z. B. §§ 41 ff. BGB für den eV), können aber nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit grundsätzlich um weitere vertragliche Gründe ergänzt werden. Charakteristisch für die Beendigung einer Gesellschaft ist allerdings, dass die Gesellschaft nicht von heute auf morgen verschwindet. Das geschieht vielmehr als Prozess über einen längeren Zeitraum, der mit der Auflösung beginnt und mit der Vollbeendigung, d. h. dem (teilweise auch registerlich dokumentierten) Untergang der Gesellschaft abgeschlossen wird.

Der erste Schritt zur Beendigung einer Gesellschaft ist die Auflösung, die immer erst dann auf den Weg gebracht werden kann, wenn entsprechende Gründe vorliegen, die eine Auflösung rechtfertigen. Der nächste und zugleich aufwendigste Schritt der Beendigung der Gesellschaft ist die Auseinandersetzung. Dieser Schritt – auch: Abwicklung oder Liquidation – dient vor allem der Klärung der Vermögensbeziehungen der Liquidationsgesellschaft zu Dritten und innerhalb der Gesellschaft. Die Gesellschaft ändert ihren Zweck, indem sie ihre Geschäftsbeziehungen abbaut und einstellt sowie ihre Kraft darauf richtet, die Vermögensbeziehungen in der Gesellschaft so zu ordnen, dass die Gläubiger ihre Forderungen aus dem Vermögen der Gesellschaft ggf. befriedigen und die Gesellschafter anschließend evtl. noch übrigbleibendes Vermögen unter sich aufteilen können. Der letzte Schritt ist schließlich die sog. Vollbeendigung. Dieser Schritt kann erst getan werden, wenn die Abwicklung abgeschlossen und die Vermögenslosigkeit eingetreten ist. Ist dieser

Fall mit der Schlussverteilung eingetreten, ist das Erlöschen der Gesellschaft im Handels-, Vereins- oder Genossenschaftsregister vorzunehmen (vgl. z. B. §§ 157 Abs. 1 HGB, 273 I AktG).

### 3. *Kriterien der Unterscheidung von Gesellschaften*

#### 3.1. Variantenreichtum der Unterscheidung von Gesellschaften

Die vom Gesetzgeber im Rahmen des Gesellschaftsrechts in zweistelliger Zahl zur Verfügung gestellten Formen von Personenvereinigungen lassen sich unter bestimmten Gesichtspunkten voneinander unterscheiden. Dabei ist eine solche Unterscheidung keineswegs eine scholastische Übung, sondern macht sowohl theoretisch als auch praktisch Sinn, so z. B. dann, wenn sie den Anwendern und Dritten einen differenzierten Zugang zum Wesen der jeweiligen Gesellschaften ermöglicht. Die Varianten einer Unterscheidung und damit zugleich auch einer Systematisierung der privatrechtlichen Gesellschaften sind vielfältig. Die wohl wichtigsten Varianten, die hier auch nur demonstriert werden, sind die Unterscheidung von Personengesellschaften und Körperschaften (unter strukturellem Gesichtspunkt) und von Gesamthandsgemeinschaften und juristischen Personen (unter dem Aspekt der Vermögensverfassung). Darüber hinaus kommen aber auch weitere Varianten der Differenzierung, so z. B. zwischen Außen- und Innengesellschaften, zwischen Mehr- und Ein-Personen-Gesellschaften sowie zwischen rechtsfähigen und nichtrechtsfähigen Gesellschaften in Betracht (vgl. z. B. Kübler 1999: 20ff).

Eine der wichtigen Varianten soll in diesem Zusammenhang noch ausdrücklich Erwähnung finden: Die Unterscheidung zwischen den Handelsgesellschaften und den Nicht-Handelsgesellschaften. „Unter den Gesellschaften, die als Unternehmensträger am Wirtschaftsleben teilnehmen, auch Erwerbsgesellschaften genannt, spielen die Handelsgesellschaften (§ 6 HGB) die bei weitem wichtigste Rolle. Das sind Gesellschaften, die notwendig oder doch in der Regel ein Handelsgewerbe im Sinne der §§ 1 bis 3 HGB betreiben und deshalb Kaufleute sind, also dem Handelsrecht unterstehen ... Echte Handelsgesellschaften sind die OHG, die KG, die EWIV, die AG, die KGaA und die GmbH. Die Genossenschaften ... sind zwar keine eigentlichen Handelsgesellschaften ..., aber den Handelsgesellschaften weitgehend gleichgestellt, so dass auch sie ... dem Handelsrecht unterstehen (§ 17 Abs. 2 GenG). Keine Handelsgesellschaft ist indessen die Stille Gesellschaft ..., da nicht sie, sondern nur der geschäftsführende Gesellschafter ein Handelsgewerbe betreibt (§ 230 HGB)“ (Hueck/Windbichler 2003: 34).

#### 3.2. Personengesellschaften und Körperschaften

Eine fundamentale Rolle im Gesellschaftsrecht spielt die Unterscheidung von

personalistisch und körperschaftlich strukturierten Vereinigungen; denn „Personengesellschaft und Körperschaft – consortium und universitas, société und association, partnership und corporation – sind Archetypen des Personenverbandes, die sich bei rechtsgeschichtlicher wie rechtsvergleichender Betrachtung überall nachweisen lassen“ (Wiedemann 1980: 89). Die Unterscheidung der Gesellschaften nach Personengesellschaften und Körperschaften ist bereits im BGB konzeptionell angelegt: In Gestalt der GbR als der Grundform der Personengesellschaften (§§ 705 ff. BGB) und in Gestalt des eV als Grundform der Körperschaften (§§ 21 ff. BGB). Sie ist allerdings in dieser Zuspitzung idealtypisch. Gleichwohl ist sie vor allem deshalb von erheblicher Relevanz, weil, soweit die gesetzliche Sonderregelung Lücken enthält, ergänzend auf die Regelung des BGB zurückgegriffen werden muss; dann ergibt diese Einordnung nämlich jeweils, ob Vereinsrecht oder Gesellschaftsrecht des BGB heranzuziehen ist (vgl. z. B. Eisenhardt 2003: 8ff).

Die Personengesellschaft (auch Gesellschaft im engeren Sinne), wie vor allem die GbR, die OHG und die KG, ist ein in der Regel auf wenige Personen zugeschnittener Verband, der formlos zustande kommt, dessen Existenz von der fortgesetzten Zugehörigkeit aller seiner Mitglieder abhängt und in dem das Prinzip der Selbstorganschaft gilt, der aber regulär keine besonderen Organe bildet. Die Willensbildung in der Personengesellschaft richtet sich nach dem (allerdings abdingbaren) Rechtsgrundsatz der Einstimmigkeit, die Vermögensordnung ist gesamthänderisch und zwischen den Mitgliedern besteht eine ausgeprägte Treuepflicht. Schließlich haften die Mitglieder einer Personengesellschaft i. d. R. persönlich und unbeschränkt. Das Pendant der Personengesellschaft ist die Körperschaft (auch Korporation), der vor allem der eV, die AG, die GmbH und die eG unterfallen. Sie ist in der Regel zur Aufnahme vieler Mitglieder geeignet, bedarf bei ihrem Zustandekommen der Einhaltung besonderer Formvorschriften (so ist die Registereintragung konstitutiv) und hat eine leicht übertragbare Mitgliedschaft. Ein System von Organen wie Gesellschafterversammlung, Vorstand, Aufsichtsrat und i. d. R. die Fremdorganschaft, die Mehrheitsentscheidung im Willensbildungsprozess sowie eine vergleichsweise nicht sehr intensive Treuepflicht kennzeichnen die Körperschaft. Darüber hinaus ist das Vermögen der Körperschaft selbst zugeordnet, die auch haftungsverpflichtet ist, während die Gesellschafter selbst keine Haftung übernehmen, wenn hier von der bei der GmbH und der eG denkbaren Nachschusspflicht ausnahmsweise abgesehen wird.

### 3.3. Gesamthandsgemeinschaften und juristische Personen

Eine der Einteilung der Gesellschaften in Personengesellschaften und Körperschaften in ihrer Bedeutung kaum nachstehende Systematisierungsvariante ist die Unterscheidung zwischen Gesamthandsgemeinschaften und juristischen Personen. Während die bereits beschriebene Einteilung auf die Struktur der

Gesellschaften abhebt, geht die Unterscheidung zwischen Gesamthandsgemeinschaften und juristischen Personen auf deren Vermögen. Diese Unterscheidung leitet sich daraus her, dass Gesellschaften in allen Fällen mit Geld oder geldwerten Leistungen zu tun haben und sich daher die Frage stellt, wem dieses Vermögen zusteht. Je nachdem, wie diese Frage beantwortet wird, polarisieren sich die einzelnen Gesellschaften um einen der beiden Grundtypen. Das Gesamthandsprinzip für privatrechtliche Gesellschaften ist dabei durch die §§ 718, 719 BGB (speziell für GbR) und darüber hinaus durch die §§ 105 Abs. 2, 161 Abs. 2 HGB (erstreckt auf OHG und KG) geregelt. Es besagt, dass kein Mitglied einer Gesamthandsgemeinschaft einen ziffernmäßig ausgedrückten Anteil an den einzelnen gemeinschaftlichen Gegenständen hat, über den es verfügen könnte. Jeder Gegenstand steht vielmehr jedem Mitglied, aber nur zusammen mit den anderen Mitgliedern, zu. Dagegen hat das einzelne Mitglied einen Anteil am gesamten Vermögen. Dieses Vermögen ist – anders als das der Bruchteilsgemeinschaft – ein dinglich gebundenes Sondervermögen. Bei der Gesamthandsgemeinschaft wird der Widerspruch zwischen den Sonderinteressen des einzelnen Gesellschafters und den Gesamtinteressen der Gesellschaft folglich zugunsten der Gesamthandsgemeinschaft gelöst.

Die juristische Person (auch Gesellschaft im weiteren Sinne) ist – ebenso wie die Gesamthandsgemeinschaft – kein nur auf das Gesellschaftsrecht begrenztes Phänomen; denn zu den juristischen Personen, die privatrechtliche Gesellschaften sind (insbesondere die AG, die GmbH und die eG), gehören des weiteren die juristischen Personen des öffentlichen Rechts, wie z. B. Länder, Rundfunkanstalten und Universitäten sowie auch die Stiftung. Die juristische Person im Verständnis des Gesellschaftsrechts ist ein Gebilde aus Personen, das die Rechtsordnung den natürlichen Personen gleichstellt, dem es allerdings Rechtsfähigkeit verleiht und damit die Möglichkeit eröffnet, als selbständiger Träger von Rechten und Pflichten am Rechtsverkehr teilzunehmen. Daraus folgt, dass der juristischen Person als Rechtssubjekt dank der Verselbständigung des Gesellschaftsvermögens durch den Gesetzgeber Rechtsfähigkeit verliehen ist und dass ihre Rechte und Pflichten nicht diejenigen der ihr angehörenden natürlichen Personen, sondern ihre (ur-)eigenen Rechte und Pflichten sind. Die Konsequenzen der Bewertung eines Personenverbandes als juristische Person im Vergleich mit der Gesamthandsgemeinschaft sind beachtlich: Einerseits stehen die zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Rechte ausschließlich der Gesellschaft zu. Andererseits können Gesellschaftsgläubiger ihre Forderungen – ebenfalls dem Trennungsprinzip folgend – grundsätzlich nur gegen die Gesellschaft richten; denn zwischen den Gläubigern der Gesellschaft und den Gesellschaftern bestehen bei der juristischen Person keine unmittelbaren Beziehungen. Für Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet daher nur das Gesellschaftsvermögen.

#### **IV. Atypizität – Konstruktionsprinzip einer Vielzahl von Gesellschaften**

Das Gesellschaftsrecht geht in seiner Dogmatik primär davon aus, dass sich die Gestaltung von Rechtsgebilden an der Rechtsformsystematik zu orientieren hat, die mit dem Numerus clausus der Rechtsformen vorgegeben sind. Gleichmaßen aber – quasi sekundär – ist ein Augenmerk auch auf all jene Rechtsgebilde gerichtet, die von den Rechtsformen des Numerus clausus abweichen, in ihrer Gestaltung aber ansonsten durch den Gesetzgeber nicht ausdrücklich und zwingend untersagt sind. Sie sind allerdings im Verständnis der dem tradierten Gesellschaftsrecht zugrunde liegenden Rechtsformentypologie nicht typisch gestaltet, sondern Ausdrucksformen der Atypizität. Unter Atypizität ist dabei die aus der Vertragsfreiheit im Gesellschaftsrecht resultierende Typabweichung zu verstehen, die sich allerdings nicht auf (in der Regel gesetzlich vorgezeichneten) wesentlichen Arteigenschaften, sondern auf einzelne Gestaltungskriterien der gesetzlichen Gesellschaftstypen bezieht. Die Crux besteht dabei darin, dass die Abweichung von den gesetzlichen Gesellschaftstypen „im einzelnen Fall mehr oder weniger weit gehen kann. In der Rechtswirklichkeit gibt es daher eine „fließende“ Reihe von den typischen zu den weniger typischen bis zu den atypischen Gesellschaften“ (Koller 1967: 118).

Die gesellschaftsrechtliche Atypizität wird in mehreren Varianten verwirklicht, die allerdings auch miteinander korrelieren. Eine dieser Varianten ist die Typdehnung. Sie liegt beispielsweise vor, wenn die GmbH, die eine Körperschaft ist, in besonderer Weise z. B. als Ein-Personen-Gebilde ausgestaltet wird, auch wenn die GmbH als inkorporierte Kleingruppe für ein mittelständisches Unternehmen ihre Beliebtheit gerade den vielfältigen Möglichkeiten ihres atypischen Einsatzes, z. B. als abhängige, Ein-Personen- oder Geschäftsführer-GmbH, verdankt. Diese Vielgestaltigkeit hatte aber selbst W. von Oechelhäuser als „Hauptkonstrukteur“ des GmbHG nicht vorherzusehen vermocht. Er hatte vielmehr nur eine Gesellschaftsform im Auge gehabt und gesetzlich geregelt, die auf der Basis der OHG steht, „bei der aber die solidarische Haftbarkeit auf bestimmte Kapitalanlagen beschränkt ist“ (v. Oechelhäuser 1884: 220). Inzwischen hat sich die GmbH in unzähligen Fällen von ihrem Legaltyp durch Typdehnung entfernt.

Eine weitere Variante gesellschaftsrechtlicher Atypizität ist die Typverformung. Sie ist z. B. bei der atypischen StG gegeben, und zwar dann, wenn der stille Teilhaber nicht nur – wie durch die §§ 230, 231 HGB vorgesehen – am Gewinn und ggf. am Verlust des Unternehmens partizipiert, sondern wenn eine Mitunternehmerinitiative in Verbindung mit der Übernahme eines bestimmten Unternehmerrisikos darauf hindeutet, dass der (atypische) stille Gesellschafter die (steuerrechtliche) Stellung eines Mitunternehmers innehat und damit auch an den stillen Reserven des Anlagevermögens und am Wert des Handelsgeschäfts beteiligt ist. Das Maß der Typabweichung ist bei der Typ-



verformung allerdings erkennbar größer als bei der Typdehnung.

Eine dritte, besonders augenfällige Variante gesellschaftsrechtlicher Atypizität ist schließlich die Typvermischung, die z. B. regelmäßig dann vorliegt, wenn eine Doppelgesellschaft begründet wird, die von einer Rechtsform ihr Gepräge erhält, in ihrer Atypizität aber ein im Ganzen neues Rechtsgebilde verkörpert. Ein Beispiel dafür ist die GbR & Still, bei der (wiederum vor allem aus steuerlichen Gründen) nur ein Gesellschafter im eigenen Namen nach außen auftritt und es den anderen Gesellschaftern an einer Vertretungsbefugnis ermangelt. Die Varianten der gesellschaftsrechtlichen Typvermischung sind jedoch vielzählig und könnten beliebig vermehrt werden, wobei wohl die GmbH & Co. KG rechtstatsächlich am häufigsten anzutreffen ist.

Die Motivation privatrechtlicher Gesellschaften, sich für eine Abweichung vom gesetzlichen Normaltypus und damit für ihre atypische Gestaltung zu entscheiden, erwächst zunächst daraus, dass sich mit der Wahl einer (gesetzlichen) Rechtsform, in der ein bestimmter Gesellschaftszweck verfolgt werden soll, zumeist oder doch oft noch nicht alle Wünsche der Gründer erfüllen lassen. Überdies ist mit einer Rechtsform insofern nicht alles zu bekommen, als den vorteilhaften Eigenschaften stets auch nachteilige Wirkungen gegenüberstehen. Schließlich wirkt hier oft auch das Steuerrecht als „unerwünschte Rechtsquelle“ des Gesellschaftsrechts hinein. So unterliegt z. B. eine Kapitalgesellschaft i. d. R. einer höheren steuerlichen Belastung, strengeren Anforderungen an den Anlegerschutz und umfassenderen Mitbestimmungsrechten, ist zugleich aber auch mit solchen strukturellen Vorteilen wie Mehrheitsbeschlüssen, problemloserem Gesellschafterwechsel und der Möglichkeit der Haftungsbeschränkung ausgestattet. Daraus folgt als Hauptmotiv der atypischen Gestaltung von Gesellschaften das Bestreben, „die privilegierte Rechtsstellung der Personengesellschaft mit den strukturellen Vorteilen der körperschaftlich verfassten Kapitalgesellschaft zu verbinden“ (Kübler 1999: 283).

Die Möglichkeiten, die sich im Rahmen gesellschaftsvertraglicher Gestaltungsfreiheit für die Atypisierung für Gesellschaften anbieten, sind mannigfaltig. So sind im Bereich des Personengesellschaftsrechts u. a. die GbR mbH oder die GbR & Still, die PubIKG, die GmbH & Co. KG, die AG & Co. KG oder die Stiftung & Co. KG sowie die atypische StG besonders häufig anzutreffen. Im Bereich des Kapitalgesellschaftsrechts begegnet man u. a. der genossenschaftlichen GmbH oder der GmbH & Still sowie der genossenschaftlichen AG. Die eG trägt dabei mit bestimmten genossenschaftlichen Konstruktionselementen zwar zur Atypisierung von Personen- und besonders von Kapitalgesellschaften bei (vgl. dazu u. a. Wölfe 1996), eignet sich indessen selbst wegen ihrer strengen (Förder)Zweckbindung gem. § 1 GenG und ihres weitgehend zwingend gestalteten Organisationsgefüges im Unterschied zu anderen Arten von Personenvereinigungen nicht oder doch kaum für die Ausprägung atypischer Erscheinungsformen. Gleichwohl hat L. Vollmer (1995)

einen umstrittenen, aber mutigen Ansatz dieser Art mit der sog. kapitalistischen Genossenschaft gewagt.

Die (hier nur exemplarisch belegte) Vielfalt zulässiger und praktizierter rechtsförmlicher Gestaltungsmöglichkeiten atypischer Gesellschaften macht deutlich, dass die Atypizität ein sich zunehmend verstärkender Entwicklungstrend des typisierten Gesellschaftsrechts ist und damit eine Dimension annimmt, die das moderne Gesellschaftsrecht in einem Umfang prägt, der fast so bedeutsam wie die Umwandlung oder die Konzernierung im Gesellschaftsrecht ist. Wenn K. Schmidt bei der Evaluierung der Atypizität mit ihren Variationen zu dem Schluss gelangt, dass das „Gesellschaftsrecht ... für diese Variationen nicht blind sein (darf)“ (Schmidt 2002: 52), dann ist ihm zwar beizupflichten. Wahrscheinlich aber ist eine solche Sicht auf die Atypizität im (deutschen) Gesellschaftsrecht (noch) nicht annähernd jener Rolle angemessen, die die gesellschaftsrechtliche Atypizität spielt. Sie verändert nämlich auf weite Sicht die Architektur des Gesellschaftsrechts und bereichert sie durch ein interessantes „Stilgemisch“. Insofern gehört sie zum festen Bestandteil der Dogmatik des Gesellschaftsrechts.

## **V. Rechtliche Anpassungsvarianten der Gesellschaften**

Der gesetzliche Formzwang für Gesellschaftsformen ist zwar ohne jeden Zweifel eine Beschränkung ihrer Gestaltungsmöglichkeiten. Gleichwohl ist die abschließende Enumeration der Rechtsformen auch für Rechtsgebilde mit gesellschaftsrechtlicher Verfassung kein wirkliches Hindernis für deren Anpassung an veränderte Bedingungen. Das erklärt sich vor allem daraus, dass die vom Gesetzgeber zur Verfügung gestellten Rechtsformen mit Sinn konstruiert sind und das Spektrum der gewünschten Gestaltungsvarianten weitestgehend abdecken, aber auch daraus, dass eine einmal gewählte Rechtsform bis an die Grenze zwingenden Rechts beliebigen Variationen unterworfen werden kann. Es ist folglich keineswegs so, dass eine für ein Unternehmen gewählte Rechtsform ein starres Rechtskleid ist, das nicht mehr geändert werden könnte. Das Gegenteil ist vielmehr der Fall: Dort, wo Anpassungsbedarf besteht, kann er mit zulässigen rechtlichen Mitteln meistens auch abgedeckt werden. Das gilt zunächst und vor allem im Hinblick auf die Nutzung der Vertragsfreiheit bei der Gestaltung der Gesellschaftsformen.

Eine wichtige Variante gesellschaftsförmlicher Anpassung an veränderte Bedingungen ist der Rechtsformwechsel i. S. d. § 190 UmwG. Er besteht darin, dass ein Rechtsträger (die an einem Umwandlungsvorgang beteiligte juristische Einheit) unter Wahrung seiner Identität die rechtliche Form ändert, wobei auch das Vermögen des Rechtsträgers vor und nach dem Formwechsel gleich bleibt. Allerdings ändert sich die auf diesen Rechtsträger anzuwendende Normstruktur. Wechselt beispielsweise eine eG ihre Form in eine GmbH, unterstellt sie sich künftig mit allen Konsequenzen dem GmbH-Recht. Der (iden-

titätswahrende) Formwechsel ist das klassische Umwandlungsmodell, bei dessen Anwendung die Gesellschaft als Verband erhalten bleibt und es folglich keiner Liquidation einer (Alt-)Gesellschaft bedarf. Für den Formwechsel bietet der Gesetzgeber für die Gesellschaftsformen eine Vielzahl von Möglichkeiten an. Gleichwohl wird eine Gesellschaft von einer dieser Möglichkeiten grundsätzlich nur Gebrauch machen, wenn dadurch ein Effekt erzielbar ist. Ohne Not werden Gesellschaften, für die ein zwingendes Umwandlungserfordernis nicht besteht, keinen Rechtsformwechsel auf den Weg bringen, zumal durch einen verfehlten Wechsel der Rechtsform eine unnötige Schieflage der Gesellschaft herbeigeführt werden kann.

Eine wichtige Rolle unter den rechtlichen Anpassungsstrategien für Gesellschaftsformen spielen auch die Verschmelzung und die Spaltung. Dabei war die Verschmelzung (Fusion) schon bislang eine verbreitet angewandte Adaptionsvariante für Gesellschaftsformen. Sie versteht sich als Übertragung des gesamten Vermögens eines Rechtsträgers (oder auch mehrerer Rechtsträger) auf einen anderen Rechtsträger im Wege der Gesamtrechtsnachfolge unter Auflösung ohne Abwicklung, wobei den Anteilsinhabern des übertragenden Rechtsträgers eine Beteiligung an dem übernehmenden Rechtsträger gewährt wird. Die Verschmelzung kann dabei entweder durch Übertragung auf einen schon bestehenden Rechtsträger (Verschmelzung durch Aufnahme) oder auf einen neu gegründeten Rechtsträger (Verschmelzung durch Neugründung) gesehen werden (§ 2 UmwG). Das Pendant dazu ist die Spaltung, die vor allem in jenen Fällen auf die Tagesordnung steht, in denen das Bedürfnis zur Entflechtung, die Flexibilisierung des Managements oder die Minderung des Haftungsrisikos eine Rolle spielen. Dabei ist insofern eine differenzierte Handhabung der Spaltung als Umstrukturierungsvariante für Gesellschaften möglich, als der Gesetzgeber nach § 123 UmwG drei unterschiedliche Arten der Spaltung zulässt: Die Aufspaltung, die Abspaltung und die Ausgliederung.

Eine rechtliche Anpassungsvariante von Rang für Gesellschaftsformen ist schließlich die Konzernierung, die eine Haupttendenz der Entwicklung der Gesellschaftsformen darstellt. Das in diesem Zusammenhang angewandte Konzernrecht ist im Aktienrecht geregelt. Dennoch ist es in seinem Geltungsbereich keineswegs nur auf AG beschränkt, auch wenn bei ihnen der Schwerpunkt verbundener Unternehmen liegt. Die konzernrechtlichen Grundregeln der §§ 15 bis 19 AktG erstrecken sich aber auf alle Rechtsformen, d. h. auch auf GmbH, Personengesellschaften und eG. Allerdings können diese Grundregeln nur dann und insoweit außerhalb des Kapitalgesellschaftsrechts Anwendung finden, wenn die konzernrechtlichen Lösungen den jeweiligen Eigenarten dieser Gesellschaftsformen entsprechen und ihnen angepasst sind. Der Gesetzgeber differenziert dabei nach § 15 AktG im Einzelnen zwischen drei Varianten des Verbundes: Mehrheitsbeteiligung (§ 16 AktG), Abhängigkeitsverhältnis (§ 17 AktG) und Konzern im engeren Sinne (§ 18 AktG). Zwischen

diesen drei Tatbeständen besteht eine Stufenfolge ansteigender rechtlicher Qualifikation. Die Mehrheitsbeteiligung stellt schlicht auf die Beteiligungsverhältnisse ab. Das Abhängigkeitsverhältnis verlangt mehr: Die Möglichkeit eines beherrschten Einflusses. Der Konzern im engeren Sinne ist schließlich die dichteste Verbindung mit dem unabdingbaren Merkmal der einheitlichen Leitung.

Die Anpassungsvarianten der Gesellschaften an die sich verändernden Bedingungen bündeln sich im Gesellschaftsrecht zu wichtigen Konstruktionsprinzipien seiner Gestaltung. Dabei erweist sich, dass diese Konstruktionsprinzipien nicht etwa nur vom Gesetzgeber geschaffen, sondern gleichsam oft auch von der Rechtspraxis, den Gerichten und der Rechtslehre entwickelt und ausgeprägt wurden. Voraussetzung dafür war jedoch von Anfang an ein hohes Maß an Nachgiebigkeit der Gesellschaftsrechtsnormen, in deren Rahmen die „Konstruktion“ privatrechtlichen Gesellschaften stattfindet. Dieses Maß an normativer Nachgiebigkeit ermöglicht auch in Zukunft eine konstruktive Gestaltung der Gesellschaften entsprechend den (unternehmerischen) Bedürfnissen. Um diese Möglichkeit auch realisieren zu können, bedarf es sowohl der Kenntnis der Konstruktionsprinzipien des Gesellschaftsrechts und seiner (Unternehmens-)Formen als auch deren phantasievoller Gestaltung.

## **Literaturverzeichnis**

- Eisenhardt**, U. (2003): Gesellschaftsrecht, 11. Aufl., München 2003.
- Hueck**, G./**Windbichler**, Chr. (2003): Gesellschaftsrecht, München 2003.
- Koller**, A. (1967): Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht, Freiburg (Schweiz) 1967.
- Kraft**, A./**Kreutz**, P. (2000): Gesellschaftsrecht, 11. Aufl., Neuwied 2000.
- Kübler**, F. (1999): Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., Heidelberg 1999.
- Oechelhäuser**, W. von (1884): Parlamentsrede, in: Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, V. Legislaturperiode, IV. Session 1884, S. 220.
- Raiser**, L. (1971): Die Zukunft des Privatrecht, in: Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft e. V. Berlin, H. 43, Berlin 1971, S. 35.
- Schmidt**, K. (2002): Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., Köln 2002.
- Vollmer**, L. (1995): Die kapitalistische Genossenschaft, Berlin 1995.
- Wiedemann**, H. (1980): Gesellschaftsrecht – Ein Lehrbuch des Unternehmens- und Verbandsrechts-, Bd. I, Grundlagen, München 1980.
- Wölflé**, A. (1996): Genossenschaftliche GmbH und genossenschaftliche KG, Göttingen 1996.

## **Autorenangaben**

Prof. Dr. Rolf Steding  
Juristische Fakultät  
Universität Potsdam  
August-Bebel-Straße 89  
D - 14469 Potsdam

## WDP - Wismarer Diskussionspapiere / Wismar Discussion Papers

Heft 01/2003	Jost W. Kramer: Fortschrittsfähigkeit gefragt: Haben die Kreditgenossenschaften als Genossenschaften eine Zukunft?
Heft 02/2003	Julia Neumann-Szyska: Einsatzmöglichkeiten der Balanced Scorecard in mittelständischen (Fertigungs-)Unternehmen
Heft 03/2003	Melanie Pippig: Möglichkeiten und Grenzen der Messung von Kundenzufriedenheit in einem Krankenhaus
Heft 04/2003	Jost W. Kramer: Entwicklung und Perspektiven der produktivgenossenschaftlichen Unternehmensform
Heft 05/2003	Jost W. Kramer: Produktivgenossenschaften als Instrument der Arbeitsmarktpolitik. Anmerkungen zum Berliner Förderungskonzept
Heft 06/2003	Herbert Neunteufel/Gottfried Rössel/Uwe Sassenberg: Das Marketingniveau in der Kunststoffbranche Westmecklenburgs
Heft 07/2003	Uwe Lämmel: Data-Mining mittels künstlicher neuronaler Netze
Heft 08/2003	Harald Mumm: Entwurf und Implementierung einer objektorientierten Programmiersprache für die Paula-Virtuelle-Maschine
Heft 09/2003	Jost W. Kramer: Optimaler Wettbewerb – Überlegungen zur Dimensionierung von Konkurrenz
Heft 10/2003	Jost W. Kramer: The Allocation of Property Rights within Registered Co-operatives in Germany
Heft 11/2003	Dietrich Nöthens/Ulrike Mauritz: IT-Sicherheit an der Hochschule Wismar
Heft 12/2003	Stefan Wissuwa: Data Mining und XML. Modularisierung und Automatisierung von Verarbeitungsschritten
Heft 13/2003	Bodo Wiegand-Hoffmeister: Optimierung der Sozialstaatlichkeit durch Grundrechtsschutz – Analyse neuerer Tendenzen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu sozialen Implikationen der Grundrechte -
Heft 14/2003	Todor Nenov Todorov: Wirtschaftswachstum und Effektivität der Industrieunternehmen beim Übergang zu einer Marktwirtschaft in Bulgarien
Heft 15/2003	Robert Schediwy: Wien – Wismar – Weltkulturerbe. Grundlagen, Probleme und Perspektiven
Heft 16/2003	Jost W. Kramer: Trends und Tendenzen der Genossenschaftsentwicklung in Deutschland
Heft 01/2004	Uwe Lämmel: Der moderne Frege
Heft 02/2004	Harald Mumm: Die Wirkungsweise von Betriebssystemen am Beispiel der Tastatur-Eingabe
Heft 03/2004	Jost W. Kramer: Der Einsatz strategischer Planung in der Kirche

Heft 04/2004	Uwe Sassenberg: Stand und Möglichkeiten zur Weiterentwicklung des Technologietransfers an der Hochschule Wismar
Heft 05/2004	Thomas Gutteck: Umfrage zur Analyse der Kunden des Tourismuszentrum Mecklenburgische Ostseeküste GmbH
Heft 06/2004:	Anette Wilhelm: Probleme und Möglichkeiten zur Bestimmung der Promotioneffizienz bei konsumentengerichteten Promotions
Heft 07/2004:	Jana Otte: Personalistische Aktiengesellschaft
Heft 08/2004	Andreas Strelow: VR-Control – Einführung eines verbundeinheitlichen Gesamtbanksteuerungskonzepts in einer kleinen Kreditgenossenschaft
Heft 09/2004	Jost W. Kramer: Zur Eignung von Forschungsberichten als einem Instrument für die Messung der Forschungsaktivität
Heft 10/2004	Jost W. Kramer: Geförderte Produktivgenossenschaften als Weg aus der Arbeitslosigkeit? Das Beispiel Berlin
Heft 11/2004	Harald Mumm: Unterbrechungsgesteuerte Informationsverarbeitung
Heft 12/2004	Jost W. Kramer: Besonderheiten beim Rating von Krankenhäusern
Heft 01/2005	Michael Laske/Herbert Neunteufel: Vertrauen eine „Conditio sine qua non“ für Kooperationen?
Heft 02/2005	Nicole Uhde: Rechtspraktische Probleme bei der Zwangseinziehung von GmbH-Geschäftsanteilen – Ein Beitrag zur Gestaltung von GmbH-Satzungen
Heft 03/2005	Kathrin Kinder: Konzipierung und Einführung der Prozesskostenrechnung als eines Bestandteils des Qualitätsmanagements in der öffentlichen Verwaltung
Heft 04/2005:	Ralf Bernitt: Vergabeverfahren bei öffentlich (mit)finanzierten sozialen Dienstleistungen
Heft 05/2005:	Jost W. Kramer: Zur Forschungsaktivität von Professoren an Fachhochschulen, untersucht am Beispiel der Hochschule Wismar
Heft 06/2005	Harald Mumm: Der vollständige Aufbau eines einfachen Fahrradcomputers
Heft 07/2005:	Melanie Pippig: Risikomanagement im Krankenhaus
Heft 08/2005:	Yohanan Stryjan: The practice of social entrepreneurship: Theory and the Swedish experience
Heft 09/2005:	Sebastian Müller/Gerhard Müller: Sicherheits-orientiertes Portfoliomanagement
Heft 10/2005:	Jost W. Kramer: Internes Rating spezieller Kundensegmente bei den Banken in Mecklenburg-Vorpommern, unter besonderer Berücksichtigung von Nonprofit-Organisationen
Heft 11/2005:	Rolf Steding: Das Treuhandrecht und das Ende der Privatisie-

- Heft 12/2005:      rung in Ostdeutschland – Ein Rückblick –  
Jost W. Kramer: Zur Prognose der Studierendenzahlen in Mecklenburg-Vorpommern bis 2020
- Heft 13/2005:      Katrin Pampel: Anforderungen an ein betriebswirtschaftliches  
Risikomanagement unter Berücksichtigung nationaler und internationaler Prüfungsstandards
- Heft 14/2005:      Rolf Steding: Konstruktionsprinzipien des Gesellschaftsrechts  
und seiner (Unternehmens-)Formen